

Die dritte Gewalt im Fokus von Politik und Presse¹

Die rechtssprechende Gewalt bildet die dritte Gewalt im System der Gewaltenteilung. Sie ist eine stille Gewalt, sie ist die stillste Gewalt von den dreien. Dies ist kein Zufall, sondern strukturell bedingt.

I.

Man wird der dritten Gewalt nur gerecht, wenn man ihre Struktur versteht. Die Notwendigkeit einer dritten Gewalt versteht sich nicht von selbst. Richterinnen² sind nicht schlauer als andere Frauen und auch keine besseren Juristinnen als andere Juristinnen. Die rechtssprechende Gewalt besitzt einen einzigen, aber kraftvollen Legitimationsgrund und das ist die Unparteilichkeit. Geht man von dem Gedanken des Rechts aus, bedürfte es zunächst keiner Richterinnen. Von der Idee her ist die in einem demokratischen Verfahren erlassene Rechtsnorm, die sich innerhalb des Rahmens der Grundrechte hält, gut und beachtenswert. Auch wenn man mit dem einzelnen Inhalt der Norm konkret nicht immer glücklich sein muss, so leuchtet es dennoch jedem ein, dass ihr Inhalt nicht so schlecht sein kann, dass man ihr das Gefolge verweigert.

Gleichzeitig dient die Norm als Handlungsorientierung für den vernunftbegabten und zur Selbstorientierung aufgerufenen Menschen. Recht im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat ist keine Ankündigung staatlicher Sanktionen bei Verletzung der verkündeten Regeln, wie in einer Diktatur, sondern ein Mittel zur individuellen Selbststeuerung auf einer für alle in gleicher Weise geltenden Basis. Normen sind keine elektrischen Zäune, bei denen man davon ausgeht, das eingesperrte Vieh werde schon lernen, dass man diese Grenze besser nicht überschreitet. Rechtsnormen sind faire Regeln, die vom Grundsatz eingehalten werden, weil man die Notwendigkeit dessen einsieht.

Wieso bedarf es dann einer Richterin?

Wenn das Recht gut und verständlich ist und die Einzelnen vernunftbegabt und willig sind, dann müsste man doch auch ohne Richterin auskommen, weil jede Frau sich an das Recht hält und das Recht für alle das gleiche sagt. Das Problem ist, dass die Norm im Konfliktfall leider nicht immer für alle das Gleiche sagt und zwar deshalb, weil die Beteiligten ein persönliches Interesse am Ausgang der Auslegung haben und dieses persönliche Interesse die Objektivität trübt. Ein Ausweg, dem jede Seite vernünftigerweise zustimmen muss, liegt darin, die Auslegung einer Dritten zu übertragen, die unbeteiligt ist, die kein persönliches Interesse am Ausgang der Auslegung hat.³

II.

Das fehlende Eigeninteresse am Ausgang des Streites befähigt die Richterinnen, die Norm so auszulegen, wie es eigentlich jeder vernunftbegabte Mensch, der kein Eigeninteresse hat, vornehmen müsste. Die Unparteilichkeit ist daher das tragende Element der dritten Gewalt, das ist ebenso eindeutig, wie es umstritten ist. Unparteilichkeit meint dabei nicht nur, dass sie keinen unmittelbaren persönlichen Vorteil an der Entscheidung hat, sondern dass sie kein Interesse an der Entscheidung hat, außer das Interesse, das in der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgabe liegt. Entscheidet man über die Frage der Zulässigkeit der Privatisierung eines kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamen Weihnachtsmarktes,⁴ so hat man diese Frage allein anhand der Regeln für die Errichtung und den

¹ Wiedergabe eines Vortrags den der Verfassung auf einer Veranstaltung der Vereinigung der Niedersächsischen Verwaltungsrichter am 08.11.2019 in Königslutter gehalten hat. Die Vortragsfassung wurde weitgehend beibehalten und die Nachweise auf das Nötigste beschränkt.

² Der Vortrag verwendet zur Entlastung des Vortragenden nur eine Geschlechtsform. Zwecks Vermeidung einer versteckten Diskriminierung wird die jeweils weibliche Form des Funktionsträgers verwendet. Die männlichen Amtsträger sind damit mitgemeint.

³ Vgl. dazu *Wolff*, in: Clemens/Umbach, Mitarbeiterkommentar zum GG, 2002, Art. 92, Rn. 17 am Beispiel der Richtervorbehalt i.e.S.

⁴ BVerwG, Urteil vom 27. Mai 2009 – 8 C 10/08 –, juris.

Betrieb von kommunalen Einrichtungen zu entscheiden und nicht anhand der Frage, ob man Privatisierung politisch richtig und gut findet, was wohl grundsätzlich eher zu verneinen wäre.

Die Unparteilichkeit ist nicht nur eine Bedingung, sondern eine Herausforderung. Sie verlangt von der Richterin das Unmögliche, die Persönlichkeitsspaltung. Sie muss bei der Streitentscheidung ihre Persönlichkeit, die von der Persönlichkeit anderer abweicht, so weit wie möglich abstreifen und so gut wie es geht zu einem Subsumtionsautomaten mit Herz und Verstand mutieren. Natürlich war auch dem Grundgesetz und ist auch der Wissenschaft bekannt, dass Rechtsanwendung kein syllogistischer Vorgang ist. Es wäre mit den Anforderungen der Ausübung der Hoheitsgewalt durch die rechtsprechende Gewalt nicht zu vereinbaren, wenn der Ausgang eines Gerichtsverfahrens davon abhinge, ob die zuständige Richterin die TAZ oder die FAZ oder spiegelonline liest. Natürlich lässt sich sagen, dass das GG mit der Garantie des gesetzlichen Richters konkludent anerkennt, dass Richterinnen nicht alle gleich sind und Persönlichkeit daher Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung hat, das ist aber kein Ausdruck einer zu zelebrierenden von Gott gegebenen Machtbefugnis, sondern ein nicht zu ändernder Nachteil, der möglichst einzudämmen ist.

Besitzt eine Richterin an der Entscheidung ein eigenes Interesse, welcher Natur auch immer, entzieht sie ihrer Tätigkeit die Legitimation. Verwaltungsrichterrinnen, die ihren politischen Überzeugungen Eingang in die Entscheidung geben, verfolgen eigenes Interesse und missbrauchen ihr Amt. Sie sind keine Richterinnen im materiellen Sinne, sondern fehl am Platz. Es existieren gegenwärtig aber keine Anzeichen dafür, dass die Rechtsprechung diese strukturelle Herausforderung gegenwärtig nicht bewältigen würde.

Stellt man die Unparteilichkeit in das Zentrum, erklärt sich auch, warum die dritte Gewalt die ruhigste ist. Sie hat sich nicht einzubringen, weil sie keine Interessen zu verfolgen hat. Da die Unparteilichkeit institutionell abzusichern ist, führt sie zu einer Unabhängigkeit der dritten Gewalt.

III.

Die Unparteilichkeit ist dabei auch eine Last. Orientiert man sich an der über die Unparteilichkeit begründeten Befugnis, für andere deren Streit zu entscheiden, wird die Gefahr begründet, in Situationen der eigenen Parteilichkeit die Macht für sich in Anspruch nehmen, die Unparteilichkeit voraussetzt. Die dritte Gewalt ist so daran gewöhnt, das letzte Wort zu haben, dass hier spezifisch die Gefahr besteht, auch in Angelegenheiten, die sie selbst betreffen, diese Autorität in Anspruch zu nehmen. Geht es um eigene Angelegenheit der dritten Gewalt, sind die Mitglieder dieser Gewalt strukturell in der Situation einer Partei und nicht in der des Richters. Geht es um Zuständigkeiten, Fristen, Verzögerungsrügen, Befangenheitsrügen, personaldienstliche Fragen, dienstliche Beurteilung etc. sind Richterinnen befangen und müssen jetzt akzeptieren, nicht die Person zu sein, die immer Recht hat. Ob das jedem Einzelnen gelingt, soll hier offen bleiben. Nach dem ganz persönlichen Eindruck des Verfassers neigen Richterinnen schon sehr dazu, sich von niemanden etwas sagen lassen zu wollen, eine Eigenschaft, sie sie mit Hochschullehrerinnen verbindet.

So wundert es schon, wenn Stellungnahmen von Interessenvertretungen der Richterinnen im Beteiligungsverfahren von konkreten Richtervorlagen zum BVerfG zur Frage der Amtsangemessenheit der Besoldung von Beamtinnen mit mehr als drei Kindern der Berechnung des Vorlagegerichts blind zustimmen,⁵ ohne erkennbar zu überlegen, wie es sein kann, dass die Ministerialbürokratie offenbar zu einem anderen Ergebnis kommt und man dort wohl auch rechnen kann. Hätte man auch nur eine Sekunde dafür verwendet, hätte man gemerkt, dass das Gericht und der Gesetzgeber von anderen Statistiken ausgingen bezogen auf Unterkunftskosten (einmal der Mietenindex des Statistischen Bundesamtes und zum anderen der Existenzminimumbericht der Bundesregierung). Die Rechtsfrage

⁵ Deutscher Richterbund, Stellungnahme 7/19 v. Juni 2019 - In den konkreten Normenkontrollverfahren 2 BvL 6/17, 2 BvL 7/17 und 2 BvL 8/17-Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse des Verwaltungsgerichts Köln vom 3. Mai 2017 - 3 K 3913/14, 3 K 6173/14 und 3 K 7038/15 – s. https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2019/DRB_190626_Stn_Nr_7_BVerfG_Besoldung.pdf.

fokussiert sich daher darauf, welche Statistik heranzuziehen ist und weniger, welche Maßstäbe für den Alimentationsgrundsatz gilt. Parteilichkeit macht blind, das gilt auch für die dritte Gewalt.

Die Unparteilichkeit führt zu Rückschlüssen für das Auftreten dieser Gewalt in der Öffentlichkeit. Es ist von der Legitimation dieser Gewalt her gedacht unzulässig, wenn Mitglieder der dritten Gewalt die Autorität ihres Amtes einsetzen sollten als positives Argument in politischen oder gesellschaftlichen Auseinandersetzungen. Die strengen Anforderungen an Neutralität und Mäßigung sind daher sachlich im Grunde richtig.⁶

IV.

Die einzuhaltende Unparteilichkeit muss abgesichert und kontrolliert werden. Eine Richterin, die denkt, die Einhaltung der Bedingungen, die ihr die Berechtigung zur Rechtsprechung gibt, bedürften keiner Kontrolle, macht einen gedanklichen Fehler, der, würden ihn alle machen, dazu führen würde, dass es sie als Institution nicht gäbe. Ob ein Spruchkörper oder die dritte Gewalt als Institution unparteilich ist, bedarf daher der Kontrolle, und zwar einer Kontrolle, die nicht von der dritten Gewalt vorzunehmen ist, da sie selbst für diese Frage befangen ist und ein Interesse am Ausgang der Prüfung hat.

Die Kontrolle kann daher nur von den anderen Gewalten und insbesondere von der sog. vierten Gewalt, der Öffentlichkeit ausgeübt werden. Es ist daher nicht nur nachvollziehbar, sondern strukturell dringend notwendig, dass man der Rechtsprechung öffentlich auf die Finger schaut.

Maßstab muss dabei die Frage sein, ob die Rechtsprechung das Merkmal der Unparteilichkeit aufgegeben hat oder es weiterhin einhält. Es ist daher richtig und zutreffend,

- wenn man Zweifel anmeldet, wenn die Rechtsprechung sich weigert, ihrer Verfassung und Gesetzesbindung nachzukommen und verfassungswidrige Parteien zwar für verfassungswidrig erklärt, sie aber nicht verbietet;⁷
- Wenn die Rechtsprechung Gesellschaftspolitik betreibt und ein drittes Geschlecht gleichberechtigt neben den zwei in der Verfassung erwähnten stellt;⁸
- Wenn die Rechtsprechung eigene Klientelpolitik betreibt und für die Besoldung des öffentlichen Dienstes der Verfassung eine Berechnungsformel entnimmt;⁹
- wenn die hessischen Verwaltungsgerichte sich zu der Beantwortung der in meinen Augen einfachen Frage der Verfassungsmäßigkeit des anteiligen Abschmelzens einer Leistungszulage bei der Neuordnung der hessischen Professorenbesoldung auch nach 6 ½ Jahren immer noch nicht in der Lage sieht,¹⁰ selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht¹¹ längst die Grundsätze geklärt hat.

Nicht zulässig ist aber eine Kritik, die sich an anderen Maßstäben orientiert, als an den Bedingungen einer unabhängigen Streitentscheidung am Maßstab des Rechts. So darf die dritte Gewalt als unpolitische Gewalt nicht am Maßstab der Politik gemessen werden. Es ist nicht richtig, wenn man fragt, ob eine Gerichtsentscheidung vom Ergebnis her politisch klug oder unklug, sozial gerecht oder ungerecht ist. Die Forderung verantwortlicher Politiker, Richterinnen mögen mehr berücksichtigen was die Bevölkerung denkt,¹² ist aus mehreren Gründen unseriös, schon allein deswegen, weil es keine seriöses Beweisverfahren für die Frage gibt, was das Volk denkt. Maßstab darf nur sein, ob die Entscheidung sich methodengerecht am geltenden Recht orientiert hat oder nicht. Ist das Ergebnis

⁶ BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1987 – 2 C 72/86 –, BVerwGE 78, 216-223.

⁷ BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13 –, BVerfGE 144, 20-369.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, BVerfGE 147, 1-31.

⁹ BVerfG, Urteil vom 05. Mai 2015 – 2 BvL 17/09 –, BVerfGE 139, 64-148.

¹⁰ VG Gießen, 5 K 1802/13.GI und VGH Kassel, 1 A 1892/15.

¹¹ BVerwG, Urteil vom 21. September 2017 – 2 C 30/16 –, BVerwGE 159, 375-387; noch weitergehender BVerwG, Urteil vom 06. Juni 2019 – 2 C 18/18 –, juris.

¹² S. dazu Richterliche Entscheidungsfindung – Interview für die Zeit Online anlässlich der Äußerung des Innenminister von Nordrhein-Westfalen zur Entscheidung des OVG Münster zu Herbert Reul, am 17.08.2018.: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-08/sami-a-herbert-reul-abschiebung-justiz-kritik>.

nicht überzeugend, besteht die Vermutung, dass dies vielleicht doch nicht der Fall war. Ergibt die Überprüfung, dass das Ergebnis methodengerecht ist, dann besteht Anlass, das Recht zu ändern und nicht die Richterin zu schelten. Nur der Vollständigkeit halber sei aber der Hinweis darauf erlaubt, dass die Kontrollüberlegung der Folgenabschätzung der eigenen Auslegung bei bestehendem Auslegungsspielraum als eine Frage der Methodengerechtigkeit verstanden werden sollte.

Diese Anforderungen an die Kritik gelten auch gegenüber der Presse. Diese hat die Aufgabe, über Urteile zu berichten und diese auch zu bewerten und zu kritisieren. Die Kritik muss sich aber an den Funktionsbedingungen der Rechtsprechung orientieren. Eine Berichterstattung über ein Gerichtsurteil muss anderen Maßstäben genügen als ein Bericht über einen Gesetzentwurf oder ein politisches Programm. Es ist daher in der Sache daneben und kann die Erhebung der Rundfunkgebühr nicht rechtfertigen, wenn in Reaktion auf das Harz IV Verfahren mitsamt der Entscheidung des BVerfG von 05.11.2019 im Heute-Journal ein Bericht erscheint von einer Betroffenen, die wegen Säumnis eines Termins sanktioniert wurde, der Fokus des Berichts aber auf den Umstand gelegt wurde, dass die Säumnis auf einem Fahrradunfall des Kindes beruht, obwohl dieser vom Amt wegen nicht berücksichtigt werden konnte, weil er nur vorgetragen aber nicht belegt wurde.¹³ Wen stört es da noch, dass das BVerfG über diese spezielle Sanktion offenbar nicht ganz judiziert hat.¹⁴

Unterliegt der Freistaat Sachsen mit seinem neuen Versammlungsgesetz, das den Zweck hat, Demonstrationen von Rechts vor der Frauenkirche in Dresden einzudämmen,¹⁵ so ist das ein Jammer, aber nicht, weil das Ergebnis politisch nicht stimmt, sondern weil die Begründung nicht überzeugt, die darauf verweist, die pauschale Übernahme des Bundesversammlungsgesetzes in Landesrecht setze voraus, dass das Versammlungsgesetz vorher in der Landtagsdrucksache vollständig wiedergegeben werde. Bei den Grundsätzen der Verweisung handeln wir seit Jahrzehnten anders.

V.

Die Unparteilichkeit muss auch geschützt werden. Die dritte Gewalt ist das Rückgrat unseres demokratischen Rechtsstaats. Die dritte Gewalt steht permanent im Widerstreit der Interessen. Die dritte Gewalt kann nicht existieren, ohne eine große Anzahl von Personen zu verärgern. Natürlich geht das Modell des Rechts als Handlungsorientierung für vernunftbegabte Wesen davon aus, dass die unterlegene Partei akzeptiert, dass die unabhängige Dritte es schon richtig gemacht hat, gesichert ist das in der Realität aber dennoch nicht.

Die dritte Gewalt kann diesen Schutz dabei nicht von selbst leisten. Sie ist daher darauf angewiesen, dass die anderen Gewalten auf die Notwendigkeit der Gewalt und ihrer Funktionsbedingungen hinweisen und sie erklären und sich schützend vor sie stellen. Startet das Bundesministerium der Justiz eine Öffentlichkeitskampagne für den Rechtsstaat mit Bildern, die auch die Justiz in ihrer Unabhängigkeit adressieren, wie „jeder ist unschuldig bis das Gegenteil bewiesen ist – wir sind Rechtsstaat“,¹⁶ dann ist das richtig, auch wenn die Imagekampagne von Baden-Württemberg, „wir können alles. Außer Hochdeutsch“¹⁷ witziger sein dürfte.

VI.

Ist die dritte Gewalt eine unpolitische Gewalt, so ist sie dennoch eine Gewalt. Sie übt Hoheitsgewalt aus, Hoheitsgewalt verstanden als die Befugnis, jemanden auch gegen seinen Willen zu verpflichten und diese Pflicht notfalls durch Gewalt durchzusetzen. Die rechtliche Macht der dritten Gewalt ist enorm, auf den Einzelnen bezogen ganz enorm, immer dann wenn es besonders einschneidend wird,

¹³ Hartz-IV-Sanktionen - Wie der Staat Sozialleistungen kürzen kann, 05.11.2019 06:42 Uhr, <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/vor-urteil-bundesverfassungsgericht-zahlen-und-fakten-zu-hartz-iv-sanktionen-100.html> (letzter Abruf 02.12.2019).

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 05. November 2019 – 1 BvL 7/16 –, juris, Rn. 114.

¹⁵ Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 19. April 2011 – Vf. 74-II-10.

¹⁶ https://www.bmjv.de/WebS/WSR/DE/Home/home_node.html#popup-13004990.

¹⁷ <https://www.bw-jetzt.de/>.

sieht das Verfassungsrecht einen aufgedrängten und vorgezogenen Rechtsschutz vor, der den Richter einschaltet, ohne dass es eines Antrags bedarf, wie etwa bei dem Strafurteil, der Wohnungsdurchsuchung, der Freiheitsentziehung, geheimen Eingriffen in die Telekommunikationsfreiheit, Eingriff in das Recht der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie – so zumindest die Wertung des einfachen Rechts – der Ehescheidung.

Trotz ihres unpolitischen Charakters ist die dritte Gewalt daher Teil des Staates und muss sich, wie der Staat insgesamt, als Teil desselben rechtfertigen – vor dem Souverän und vor anderen Staaten. Die dritte Gewalt muss erklären und es auch akzeptieren, wenn man sie danach fragt, weshalb sie das Recht hat, Menschen ins Gefängnis zu stecken, geheime Informationserhebungseingriffe zu billigen oder verbindlich über die Frage der Rechtmäßigkeit von Baugenehmigungen, Führerscheinentziehungen, Disziplinarmaßnahmen und ähnlichen zu entscheiden. Erneut ist die dritte Gewalt zu einer gewissen Schizophrenie gezwungen – sie muss unpolitisch sein, aber zu den politischen Fragen der Existenzberechtigung des Staates durchaus Stellung nehmen – viel Freude dabei.

Eine der Wege der Erklärung sind die Pressestellen der Gerichte. Man kann schon erheblich darüber streiten, ob es Sinn macht, eine gerichtliche Entscheidung anders zu erklären als durch einen Verweis auf die Urteilsgründe. Die theoretischen Probleme, die eine scheinbare weitere authentische Interpretation neben der Urteilsbegründung aufwerfen, sind offensichtlich und können in diesem Raum vorausgesetzt werden. Dennoch ist es richtig, diese Probleme in Kauf zu nehmen und Pressestellen zur Vermittlung einzuschalten. Dies liegt auch an der Doppelfunktion von Urteilen. Urteile bilden in gewisser weicher Form die Rechtsordnung fort und die Rechtsfortbildung löst sich sowieso von dem konkreten Wortlaut der Entscheidung. Daher ist es auch zulässig, wenn Anhänger der dritten Gewalt Gerichtsentscheidungen erklären, auch in öffentlichen Talk-Shows.

VII.

Die Quelle des richterlichen Lebens ist die Unparteilichkeit, die Fluch und Segen zu gleich ist. Sie beschränkt auch das Handeln der dritten Gewalt im öffentlichen Leben. Die dritte Gewalt ist eine vernunftsbedingte Notwendigkeit einer Rechtsordnung, die aber ihrerseits der Kontrolle bedarf. Es kann daher nicht das „ob“ der Kontrolle die Frage sein, sondern ausschließlich das „wie“. Gegenstand der Kritik muss immer die Frage sein, ob die Rechtsprechung eigentlich das macht, wozu sie berufen ist, und zwar die Streitentscheidung am Maßstab des Rechts im geordneten Verfahren durch einen unparteiischen Dritten. Die Rechtsprechung im Rahmen der politischen Auseinandersetzung zu instrumentalisieren ist gefährlich und falsch.